

Dritter Teil: Behaupten und Bestreiten in der Praxis

Geordneter Parteivortrag und Anlagen, Privatgutachten, die richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO und Rechtsschutz gegenüber Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör sind „Brennpunkte“¹ des Zivilprozessrechts, die regelmäßig im Zusammenhang mit der Substantiierungslast diskutiert werden.² Sie sollen, dem Résumé der gesammelten Erkenntnisse vorangestellt, im Folgenden unter Einschluss aktueller rechtspolitischer Entwicklungen in diesem Bereich skizziert werden.

1 *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336.

2 Vgl. etwa *Frohn*, JuS 1996, 243–246; *Gremmer*, MDR 2007, 1172, 1173 f.; *Eschelbach/Geipel*, ZAP Fach 13 (2010), 1669, 1671.

A. Geordneter Parteivortrag und Anlagen

Rechtspolitische Forderungen³ nach einem stärker geordneten Parteivortrag haben sich zuletzt zu einer gesetzlichen Regelung verdichtet – seit dem 1. Januar 2020 bestimmt § 139 Abs. 1 S. 3 ZPO n. F.:⁴

„Das Gericht kann durch Maßnahmen der Prozessleitung das Verfahren strukturieren und den Streitstoff abschieften.“

Damit will der Gesetzgeber „klarstellend“ auf die bereits bestehenden Möglichkeiten zur Strukturierung verweisen,⁵ namentlich Hinweise nach § 139 ZPO zu erteilen, die Verhandlung gem. § 146 ZPO zunächst auf einzelne Angriffs- und Verteidigungsmittel zu beschränken und eine fristgebundene, konkrete Anordnung zur Ergänzung oder Erläuterung des Vorbringens über einen bestimmten Punkt zu treffen, vgl. § 273 Abs. 2 ZPO. Die Strukturierung meint nicht nur den äußeren Verfahrensablauf, sondern auch die Form des Tatsachenvortrags;⁶ die „Abschieftung“ ist ein Unterfall der Strukturierung und hat die Aufteilung des Streitstoffs in einzelne Sachverhaltskomplexe vor Augen.

Ob des daraus folgenden insgesamt deklaratorischen Charakters der Norm und der redundanten Binnenfassung in „strukturieren“ und „abschieften“ – welch ein Wort! – wird mancher den „Anreiz“⁷, welcher der Gesetzgeber damit den Gerichten setzen will, als „funktionsleeren Programmsatz“⁸ empfinden. Gleichwohl ist trotz des Verweises auf bestehen-

3 Vgl. etwa das Referat *Vorwerks* zum 70. DJT 2014, Bd. II/1, S. I 29, I 32f.; *ders.*, NJW 2017, 2326–2330; *Gaier*, ZRP 2015, 101–104.

4 Art. 2 Nr. 6 des Gesetzes zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer prozessrechtlicher Vorschriften v. 12.12.2019, BGBl. I, S. 2633.

5 Begr. zum Regierungsentwurf BT-Drs. 19/13828, S. 18.

6 *Gaier*, NJW 2020, 177 und 178 mit Verweis auf die Begr. zum Regierungsentwurf BT-Drs. 19/13828, S. 18, wo neben der Strukturierung des Verfahrens auch von einer Strukturierung des Streitstoffes die Rede ist.

7 Vgl. Begr. zum Regierungsentwurf BT-Drs. 19/13828, S. 16.

8 *Roth*, ZfPW 2020, 402, 411. – *Roth* hält diese „Anreizgesetzgebung“ für den Ausdruck eines mangelhaften Verständnisses seitens des Gesetzgebers angesichts eines bereits durch das Eigeninteresse der Parteien geordneten Prozessstoffes, vgl. ZfPW 2020, 402, 411 und 418. Es sollte jedoch nicht Vergessenheit geraten, dass diese Neuregelung geistige Frucht von Praktikern ist; ebenso wenig, dass von anderer Seite auf die fehlende empirische Absicherung der Signifikanz des „Lästigkeitsgefühls“ durch ungeordneten Vortrag deutlich hingewiesen wurde (vgl. *Burghart* in der Diskussion auf dem 70. DJT 2014, Bd. II/2, S. I 144).

de Strukturierungsmöglichkeiten der Umfang derselben unklar; zum einen, weil sich die Grenzen der richterlichen Prozessleitung auch heute schon jedenfalls nicht unmittelbar aus dem Gesetz erschließen. Zum anderen, weil im Vorgang zur Neugestaltung des § 139 ZPO mit der Möglichkeit, den Parteivortrag zu ordnen, in der Literatur teils sehr weitreichende Vorstellungen verbunden worden sind: Namentlich wurde die Begrenzung der zulässigen Vortragsform auf eine Art elektronische Relationstabelle vorgeschlagen.⁹ Es ist offen, inwieweit sich der Gesetzgeber diese Vorstellungen zu eigen machen wollte.¹⁰

Die Kritik seitens der Literatur hat nicht lange auf sich warten lassen. Ein vernichtendes Urteil fällt *Gaier*:¹¹

„Die Vorschrift ist mit wenig Geschick formuliert, ihr Wortlaut für sich genommen wenig erhellend. Hinzu kommt ein enger Anwendungsbereich und zu allem Überfluss ist die Norm nicht sanktionsbewehrt.“

Dass die Norm nicht sanktionsbewehrt sein soll, scheint die Gesetzgebungshistorie nahezuliegen:¹² Dem Vorschlag des Bundesrates, zu erwägen, ob es zur Durchsetzung der Strukturierungsanordnung flankierender Präklusionsvorschriften bedürfe,¹³ hat die Bundesregierung knapp beschieden, um einen Anreiz zu stärkerer Strukturierung zu setzen, seien keine zusätzlichen Präklusionsvorschriften erforderlich.¹⁴ Der Schlussfolgerung *Gaiers*, es bleibe bei der bisherigen Rechtslage und daher den Parteien überlassen, ob sie den Hinweisen des Gerichts zur Strukturierung Folge leisten,¹⁵ sollte allerdings gewisse Vorsicht entgegengebracht werden. Denn die Prämisse, ungeordneter Vortrag sei *de lege lata* nicht sanktionierbar,¹⁶ kann, wie zu zeigen sein wird, in dieser Eindeutigkeit nicht ohne weiteres geteilt werden.

9 *Gaier*, NJW 2013, 2871, 2874; *ders.*, ZRP 2015, 101, 103 f.; *Vorwerk*, NJW 2017, 2326 f.

10 Begrifflich knüpft § 139 Abs. 1 S. 3 n. F. an das Referat *Vorwerks* zum 70. DJT 2014 und die daraufhin gefassten Beschlüsse 13 (Strukturierung) und 15 (Abschichtung) an, vgl. Bd. II/1, S. I 29, I 32 f., 53. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Vorschlägen der Literatur lässt sich den Gesetzgebungsmaterialien nicht unmittelbar entnehmen.

11 Vgl. *Gaier*, NJW 2020, 177.

12 Darauf abhebend *Gaier*, NJW 2020, 177, 181.

13 Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf, BT-Drs 19/13828, S. 26.

14 Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 19/13828, S. 31.

15 *Gaier*, NJW 2020, 177, 181; ihm folgend *Roth*, ZfPW 2020, 402, 411.

16 So aber *Gaier*, NJW 2020, 177, 181 f.

Welche Fragen sich in Zukunft stellen könnten, lässt sich heute schon an Hand eines Teilaspektes des (un-)geordneten Vortrags erahnen: Die schriftsätzliche Bezugnahme auf Anlagen und die Behandlung solcher Bezugnahmen seitens der Instanzgerichte stellt einen der „Brennpunkte“ des Zivilprozesses dar.¹⁷ Seitens der Richterschaft besteht zum Teil der Eindruck, dass die Anlagen, statt den schriftsätzlichen Vortrag zu belegen, denselben zuweilen ersetzen sollen.¹⁸ Als Motiv für diese Vorgehensweise wird gemutmaßt, der Anwalt wolle sich die Mühe sparen, den Sachverhalt selbst zu formulieren oder auch zu durchdenken.¹⁹ Das vorherrschende Sentiment in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung hinsichtlich dieser Arbeitsverlagerung auf das Gericht bringt eine Entscheidung des OLG Koblenz zum Ausdruck:²⁰

„Die richterliche Arbeitsweise nach dem bewährten Grundsatz ‚*da mihi facta, dabo tibi jus*‘ konnte auch im vorliegenden Fall nicht durch den Grundsatz ersetzt werden ‚Gib dem Gericht Kopien, dann wird es sich daraus alles Entscheidungserhebliche zusammensuchen‘.“

Für den Anwaltsprozess ist die Forderung nach einem geordneten Vortrag nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen, zumal die vom OLG angeführte Parömie ohnehin treffender das Verhältnis der Partei zu ihrem Anwalt beschreibt.²¹ Strukturiert vorzutragen verlangt dem Prozessvertreter oft nur dasjenige an Arbeit ab, was im Verhältnis zum Mandanten ohnehin geschuldet ist.²² Allerdings kann es auch im Interesse des Mandanten sein, gezielt am Vortrag des Gegners vorbeizuschreiben, Antworten auf Andeutungen zu beschränken und, selbstredend in Einklang mit der Wahrheit, eine eigene Geschichtserzählung zu geben, die sich nicht in ein vorgefertigtes Korsett pressen lässt. Das Wohl des Mandanten kann also nicht Grund für eine generelle Beschränkung des Vortrags auf eine bestimmte Form sein und die Verfechter des geordneten Parteivortrags ha-

17 *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336, 337.

18 *H. D. Lange*, NJW 1989, 438.

19 *H. D. Lange*, NJW 1989, 438.

20 Vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 4.6.2007 – 14 W 303/07, 2b, NJW-RR 2008, 375, 376.

21 Im Verhältnis zum Gericht ist der Anwalt nicht nur gehalten, den Sachverhalt bereits mit Blick auf die rechtliche Relevanz aufzubereiten, sondern auch – insbesondere bei einem erkennbaren Irrtum des Gerichts – Rechtsausführungen zu tätigen, vgl. dazu *Römermann*, NJW 2009, 2924, 2925 und *Paulus*, ZPR, 62017, S. 11 Rn. 18.

22 *Gaier*, ZRP 2015, 101, 104.

ben dem Anschein nach auch mehr die Entlastung des Richters respektive des Verfahrens vor Augen.²³

Inwieweit die ZPO eine Zurückweisung des ungeordneten Vortags gestattet, ist weitgehend ungeklärt.²⁴ Gefestigte Ansichten gibt es allerdings zu den Anlagen, die § 133 ZPO neben dem Schriftsatz erwähnt: Zulässig sollen ausdrückliche Bezugnahmen auf konkret benannte Anlagen sein, wenn diese aus sich heraus verständlich sind und dem Gericht keine unzumutbare Sucharbeit abverlangen.²⁵ In der Praxis zeigt sich jedoch, dass die Meinungen darüber, was dem Gericht noch zumutbar ist, deutlich auseinandergehen.²⁶ Ein insoweit typisches instanzübergreifendes Rechtsgespräch hierzu leitete etwa das OLG Frankfurt mit der Feststellung ein, die Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 GG gebiete es nicht, dass der erkennende Richter sich die geltend gemachte Forderung nach Grund und Höhe aus den eingereichten Schriftsätzen nebst Anlagen zusammensuche.²⁷ Die Antwort des BGH folgte prompt: Damit verkenne das Berufungsgericht in grundlegender Weise seine Aufgabe bei der Beurteilung einer komplexen und nicht einfach darzustellenden Klage.²⁸

Verstöße gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör durch übergangenes Vorbringen in Form von Anlagen seitens der Instanzgerichte sind immer wieder festzustellen.²⁹ Aufhebung und Zurückverweisung durch den BGH sind hier bei Erreichen der Beschwersumme keine Seltenheit.³⁰ Wo sich jedoch gleichsam der blaue Himmel über dem Berufungsgericht wölbt, ist der Anwalt angesichts der kritischen Haltung vieler Instanzgerichte schon jetzt zur besonderen Sorgfalt bei der Bezugnahme auf Anlagen gehalten.

Was ungeordnete *Schriftsätze* angeht, ließ sich bisher sagen, dass die Hemmschwelle für das Gericht, solches Vorbringen als unzumutbare Belastung zurückzuweisen, im Vergleich zur entsprechenden Behandlung

23 Vgl. etwa *H. D. Lange*, NJW 1989, 438, 442 f.; deutlich insoweit auch die Gesetzesbegründung zu § 139 Abs. 1 S. 3 n. F., vgl. BT-Drs. 19/13828.

24 So auch schon *H. D. Lange*, NJW 1989, 438, 441.

25 *Skamel*, NJW 2019, 1082, 1083 (Anm. zu BGH, Beschl. v. 2.10.2018 – VI ZR 213/17), m. w. N.

26 Vgl. auch schon *H. D. Lange*, NJW 1989, 438, 442.

27 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 31.8.2016 – 29 U 140/16, II 2, BeckRS 2016, 121353.

28 BGH, Beschl. v. 25.4.2017 – VIII ZR 217/16, III 2b, ZfBR 2017, 571, 574.

29 Vgl. *K.-R. Wagner*, BauR 2018, 23, 24 f.

30 So etwa BGH, Beschl. v. 4.7.2018 – VII ZR 21/16, NJW-Spezial 2018, 588; BGH, Beschl. v. 2.10.2018 – VI ZR 213/17, NJW 2019, 1082; vgl. auch *K.-R. Wagner*, BauR 2018, 23, 24 f.

von Anlagen deutlich höher liegen dürfte.³¹ Zukünftig wird sich vermehrt die Frage stellen, welche Folgen an die Missachtung richterlicher Strukturierungsmaßgaben zu knüpfen sind. In der Gesetzesbegründung zu § 139 Abs. 1 S. 3 ZPO heißt es knapp, das Gericht könne zum Zweck der Strukturierung Fristen setzen.³² Gedacht ist dabei offenbar an Fälle, in denen zu einem bestimmten Punkt nicht rechtzeitig vorgetragen wird.³³ Wenn jedoch der vorhandene, aber ungeordnete Vortrag nicht sanktionslos bleiben soll, muss die Frage beantwortet werden, wann das Gericht ein solches Vorbringen ignorieren darf.³⁴ Sollte es etwa bereits genügen, dass die anwaltlich vertretene Partei in der elektronischen Relationstabelle an der falschen Stelle vorträgt?³⁵ Eine solch rigide Handhabung kann wohl kaum erwünscht sein, wenn es nicht heißen soll *qui cadit a syllaba, cadit a causa*. Was der Richter bei ungeordnetem Vorbringen noch an Zuordnungsarbeit leisten muss, bevor er vor dem vorhandenen Tatsachenstoff die Augen verschließen darf, führt zum Ausgangspunkt, nämlich der Frage der *Zumutbarkeit* zurück. Aus naheliegenden Gründen erscheint es unzulässig, dem Richter die Entscheidung hierüber gleichsam als „Zensor in eigener Sache“ zu überantworten.³⁶ Richtigerweise sollten bei vorhandenem, aber ungeordnetem Vortrag allenfalls kostenrechtliche Sanktionen in Form einer Verzögerungsgebühr nach § 38 GKG in Betracht gezogen werden. Ob die Beschränkung des schriftsätzlichen Vortrags auf eine bestimmte Form an sich wünschenswert ist, steht auf einem anderen Blatt. Man kann nur hoffen, dass sich *Roths* Fazit, die Neufassung des § 139 ZPO habe keinen rechten Nutzen, sei aber unschädlich,³⁷ als richtig erweisen wird.

31 So auch *Skamel*, NJW 2019, 1082, 1083 (Anm. zu BGH, Beschl. v. 2.10.2018 – VI ZR 213/17): Dass auch für „umfangreiche ungeordnete“ Schriftsätze die Zumutbarkeit den Umfang der richterlichen Tätigkeit begrenze, werde man allenfalls in Ausnahmefällen annehmen dürfen.

32 Begr. zum Regierungsentwurf BT-Drs. 19/13828, S. 18.

33 Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/13828, S. 31.

34 Vgl. auch schon *Prütting* in der Diskussion auf dem 70. DJT 2014, Bd. II/2, S. I 146.

35 So offenbar die – rechtspolitische – Wunschvorstellung *Gaiers* in ZRP 2015, 101, 104, der meint, nach Missachtung richterlicher Hinweise müsse die Nichteinhaltung der Strukturvorgaben zum Ausschluss des unstrukturierten Vorbringens führen; ähnlich *Vorwerk*, der in der Diskussion auf dem 70. DJT 2014 meinte, wenn der Schriftsatz auf 40 Seiten begrenzt sei, müsse der Richter S. 41 nicht mehr lesen, vgl. Bd. II/2, S. I 166.

36 Vgl. *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61) und oben Teil I, Kap. 3 C.

37 Vgl. *Roth*, ZfPW 2020, 402, 418.

B. Parteivortrag in Form von Privatgutachten

Häufig heißt es in Entscheidungen des BGH, Privatgutachten seien „qualifizierter“ und „substantiiierter“ Parteivortrag; damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich nicht um ein Beweismittel, sondern nur um eine Form des Parteivortrags handelt.³⁸ Gemeint ist natürlich nicht, dass jedes Privatgutachten zur Substantiierung des jeweiligen Vortrags geeignet wäre.³⁹ Genügt der durch das Privatgutachten vermittelte Vortrag im Einzelfall der Substantiierungslast, weil er Tatsachen benennt, die bei Wahrunterstellung den Schluss auf einen entsprechenden Rechtssatz zulassen, ist im Falle des Bestreitens in die Beweisaufnahme einzutreten.

Missverständlich⁴⁰ sind insoweit Ausführungen des BGH dahingehend, die Beweisaufnahme, insbesondere die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens, werde durch ein Privatgutachten dann entbehrlich gemacht, wenn das Gericht dieses Gutachten ohne Rechtsfehler für ausreichend hält, um eine Beweisfrage zuverlässig zu beantworten.⁴¹ Gemeint sind damit ausschließlich Fälle, in denen das Gericht bereits über die erforderliche Sachkunde zur Beurteilung fachspezifischer Zusammenhänge verfügt⁴² – ohne eigene Sachkunde kann von der Beweiserhebung nicht abgesehen werden, unabhängig davon, wie überzeugend das Privatgutachten dem Gericht erscheinen mag.⁴³ Aus welchen Quellen die Sachkunde des Gerichts herrührt, muss für die Rechtsmittelinstanz nachprüfbar dokumentiert werden.⁴⁴ Damit korrespondiert die Pflicht, den Parteien die eigene Sachkunde in Form eines Hinweises nach § 139 ZPO zu offenbaren.⁴⁵ Der pauschale Verweis des Gerichts auf eigenes Erfahrungswissen ersetzt nicht die konkrete Darlegung, inwiefern gerade die streitgegenständliche Frage sachkundig beurteilt werden kann.⁴⁶

Einer Meinung im Schrifttum, die Behandlung des Privatgutachtens als bloßer Parteivortrag sei inkonsequent, weil sich das Gericht zuvor aus einem anderen Verfahren mittels Privatgutachten die notwendige Sach-

38 Vgl. BGH, Urt. v. 11.5.1993 – VI ZR 243/92, II 3b, NJW 1993, 2382, 2383.

39 Kritisch zur Terminologie auch *Ulrich*, DS 2017, 315.

40 Vgl. dazu *Abrens*, ZRP 2015, 105, 107; *Ulrich*, DS 2017, 315, 316.

41 BGH, Urt. v. 18.2.1987 – IVa ZR 196/85, 2b, BeckRS 2008, 18461; BGH, Urt. v. 11.5.1993 – VI ZR 243/92, II 3b, NJW 1993, 2382, 2383.

42 Klarstellend BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 314/14, II 5a, NJW 2016, 2328, 2333.

43 So auch schon BGH, Urt. v. 14.4.1981 – VI ZR 264/79, II 1b.

44 BGH, Urt. v. 28.6.1961 – IV ZR 75/61, IV 1, BeckRS 1961, 31374039.

45 BGH, Beschl. v. 9.1.2018 – VI ZR 106/17, II 1c) bb), NJW 2018, 2730, 2731.

46 BGH, Urt. v. 16.4.2015 – I ZR 225/12, II 2b) dd), GRUR 2015, 1189, 1195.

kenntnis verschaffen könne, um dann nachfolgende Privatgutachten an Hand eigener Sachkunde zu beurteilen,⁴⁷ ist schon im Ausgangspunkt zu widersprechen: Das Gericht kann aus dem Privatgutachten eines vorherigen Verfahrens keine Sachkunde erlangen, weil ein solches Vorgehen bereits die gebotene Distanz zu dem *Parteivortrag* in jenem Verfahren vermissen lässt. Aus den gleichen Gründen sind rechtspolitische Ansätze⁴⁸ zur Aufwertung des Privatgutachtens zum Beweismittel zurückzuweisen. *Abrens*, der die fehlende Unparteilichkeit als Hindernis für eine Aufwertung erkennt, meint derselben durch eine Zertifizierung der Gutachter zuvorkommen zu können.⁴⁹ Da jedoch die Partei auch in seinem Modell sich ihren Gutachter frei wählen können soll, ist dem Anreiz für den Gutachter, sich durch gefällige Arbeiten eine entsprechende Marktposition zu verschaffen, nur in der Theorie etwas entgegengesetzt. Der Privatgutachter ist eben nicht der „Gehilfe des Gerichts“,⁵⁰ sondern immer nur – bezahlter – Gehilfe der Partei.

C. Hinweispflicht nach § 139 ZPO

Auch die richterliche Hinweispflicht ist einer der (Dauer-)„Brennpunkte“ des Zivilprozesses.⁵¹ § 139 ZPO ist die Vorschrift, die in der Praxis vielleicht von allen Bestimmungen der ZPO am uneinheitlichsten gehandhabt wird.⁵² In welchem Umfang Fragen gestellt und Hinweise gegeben werden, hängt in hohem Maße von der Persönlichkeit des Richters ab.⁵³ Daneben gibt es aber auch schon in der Theorie auseinandergehende Ansichten darüber, wann es die Prozessordnung gestattet, von einem Hinweis abzusehen. Ist der Tatsachenvortrag in Hinblick auf die Schlüssigkeit des Vorbringens lückenhaft, kann ein Hinweis gegenüber einer rechtskundigen respektive anwaltlich vertretenen Partei verzichtbar sein.⁵⁴ Das rechtfertigt sich aus dem Gedanken, der Anwalt müsse grundsätzlich in der Lage sein,

47 Vgl. *Ulrich*, DS 2017, 315, 317.

48 *Abrens*, ZRP 2015, 105; *Vorwerk*, NJW 2017, 2326, 2330.

49 *Abrens*, ZRP 2015, 105, 107 f.

50 So aber *Abrens*, ZRP 2015, 105, 106.

51 *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336, 341.

52 Vgl. schon *Peters*, JW 1938, 1432.

53 *Peters*, JW 1938, 1432, 1434.

54 BGH, Urt. v. 9.11.1983 – VIII ZR 349/82, II 1, NJW 1984, 310 f.

die Voraussetzungen eines schlüssigen Vortrages zu erkennen.⁵⁵ Wenn trotz anwaltlicher Vertretung kein entsprechender Tatsachenvortrag erfolgt, kann daraus geschlossen werden, dass die Partei gar nicht über entsprechendes Material verfügt.⁵⁶ Nach anderer Ansicht soll sich ein solcher Schluss verbieten, denn: „Warum sollte wohl von einem Anwalt eine vollkommen aussichtslose Klage – noch dazu schlecht vorbereitet – erhoben werden?“⁵⁷ Auf diese – etwas weltfremd anmutende – Frage wird man nicht selten antworten können: Wegen des Gebühreninteresses des Anwalts und der Rechtsschutzversicherung der Partei.⁵⁸ Zum Teil mag der unzureichende Vortrag allerdings auch in Wissenslücken des Anwalts seinen Grund haben,⁵⁹ und daher ist es richtig, dass die besondere Qualifikation des Anwalts als Rechtskundiger immer nur widerlegbare Vermutung des Wissens um die Ergänzungsbedürftigkeit und damit der Entbehrlichkeit eines Hinweises sein kann.⁶⁰ In der Rechtsprechung hat sich die Linie gefestigt, auch die anwaltlich vertretene Partei müsse jedenfalls dann einen Hinweis erhalten, wenn der Anwalt ersichtlich darauf vertraue, das sein bisheriges Vorbringen ausreicht.⁶¹

Demnach kommt es im Rahmen des § 139 ZPO darauf an, ob sich im konkreten Fall der Anwalt in einem aufklärungsbedürftigen Irrtum zu befinden scheint, unabhängig davon, ob der Irrtum objektiv vermeidbar war.⁶² Ein mit der Nichtzulassungsbeschwerde respektive Gehörsrüge angreifbarer Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG liegt dagegen erst vor, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis Anforderungen an den Sachvortrag stellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte.⁶³ Dennoch können auch solche unterlassene Hinweise, die an sich lediglich einen Verstoß gegen einfaches Verfahrensrecht bedeuten, mittelbar zu einem Ver-

55 BGH, Urt. v. 9.11.1983 – VIII ZR 349/82, II 1, NJW 1984, 310 f.; Greger, NJW 1987, 1182.

56 Greger, NJW 1987, 1182.

57 Smid, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, ³2007, § 139 Rn. 36.

58 Vgl. Gottwald, AcP 183 (1983), 201, 206 (Anm. zu Brehm, Bindung des Richters, 1982).

59 Paulus, ZPR, ⁶2017, S. 124 Rn. 321.

60 Ähnlich auch schon Pickenbrock, NJW 1999, 1360, 1362.

61 BGH, Urt. v. 10.11.1988 – VII ZR 272/87, I 2c, NJW 1989, 717, 718; vgl. auch Rensen, MDR 2002, 1175 m. w. N.

62 Vgl. auch schon Peters, JW 1938, 1432, 1434.

63 BVerfG, Beschl. v. 29.5.1991 – 1 BvR 1383/90, NJW 1991, 2823 f.; vgl. zu den unterschiedlichen Maßstäben bei § 139 ZPO einerseits und Art. 103 Abs. 1 GG andererseits auch Rensen, Hinweispflicht, 2002, S. 297–300.

stoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG führen; das ist der Fall, wenn das Instanzgericht späteres Vorbringen als präkludiert ansieht, die angenommene Verspätung jedoch auf dem unterlassenen Hinweis beruht – der BGH hält diese fehlerhafte Handhabung der Präklusionsvorschriften wegen ihrer einschneidenden Wirkung für einen Verstoß gegen das Gebot rechtlichen Gehörs.⁶⁴

Gegenüber Rechtskundigen erscheint also ein Hinweis verzichtbar, wenn sie sich nicht erkennbar im Irrtum befinden. Ferner kann ein gerichtlicher Hinweis dann entbehrlich sein, wenn die Partei bereits durch den Gegner die erforderliche Unterrichtung erhalten hat.⁶⁵ Eine pauschale Rüge seitens der Gegenseite genügt nicht.⁶⁶ Beiderseitige schriftliche Erörterungen können die Entbehrlichkeit eines Hinweises nahelegen.⁶⁷ Dagegen wird eingewendet, die gegnerische Rüge habe nicht das gleiche Gewicht wie ein richterlicher Hinweis und könne diesen nicht ersetzen, da aus dem Schweigen auf eine gegnerische Rüge hin nicht die gleichen Schlüsse wie bei einem unbeachtet gebliebenen Hinweis seitens des Gerichts gezogen werden könnten.⁶⁸ „Hinweise“ der Gegenseite bieten in der Tat keinen äquivalenten Ersatz für den richterlichen Hinweis nach § 139 ZPO;⁶⁹ das ist schon der Natur der Sache nach nicht möglich. Entscheidend ist jedoch Folgendes: Ignoriert die Partei eine für unberechtigt gehaltene gegnerische Rüge, muss sie sich über die konkrete Möglichkeit im Klaren sein, dass sich das Gericht in seiner Auffassung dem Gegner anschließen wird;⁷⁰ von einem versehentlich unterbliebenen Vortrag kann dann keine Rede sein.⁷¹ Der gerichtliche Hinweis ist nur dann nicht entbehrlich, wenn die Beanstandungen der Gegenseite erkennbar missverstanden worden sind, die Partei also immer noch aufklärungsbedürftig ist.⁷²

64 Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 9.6.2005 – V ZR 271/04, II 2b, NJW 2005, 2624 f.

65 BGH, Urt. v. 21.2.1951 – II ZR 7/50, 6, juris, Tz. 18; BGH Urt. v. 4.7.1989 – X ZR 45/88, II b, BeckRS 1989, 06599; BGH, Beschl. v. 20.12.2007 – IX ZR 207/05, 1, NJW-RR 2008, 581 f.; vgl. auch *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 139 Rn. 19 m. w. N.

66 *Frohn*, JuS 1996, 243, 245.

67 *F. Fischer*, DRiZ 1995, 264, 265.

68 Statt vieler *Rensen*, Hinweispflicht, 2002, S. 224–226.

69 Vgl. *Piekenbrock*, NJW 1999, 1360.

70 So auch *Piekenbrock*, NJW 1999, 1360.

71 Vgl. auch *Piekenbrock*, NJW 1999, 1360; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO ¹⁶2019, § 139 Rn. 7; *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 3.1.

72 BGH, Beschl. v. 18.5.2017 – I ZR 178/16, II 2b) aa), BeckRS 2017, 126762.

Auch der BGH hat noch in jüngerer Vergangenheit an dieser Auffassung festgehalten.⁷³

An den unterschiedlichen Auffassungen zur Verzichtbarkeit des Hinweises bei Rechtskundigkeit der Partei oder Rüge des Gegners liegt es jedoch nicht, dass seitens der Instanzgerichte vielfach gegen § 139 ZPO verstoßen wird und diese Verstöße regelmäßig den BGH im Rahmen von Nichtzulassungsbeschwerden wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG beschäftigen.⁷⁴ Aufschlussreich ist der aus Perspektive des Richters geschilderte Bericht *Frohns*:⁷⁵

„Der verfahrensrechtlich gebotene Hinweis wird aus Gründen unterlassen, die man nur vermuten kann – vielleicht weil die bislang einfache Sache durch einen eingehenderen Parteivortrag in tatsächlicher Hinsicht komplizierter wird, vielleicht weil dann eine Beweisaufnahme notwendig wird, die man lieber vermieden hätte, vielleicht gar, weil man befürchtet, die Partei werde zum Zweck der Substantiierung wahrheitswidrig vortragen.“

Der Anwalt darf sich also nicht darauf verlassen, dass er auf eine etwaige Ergänzungsbedürftigkeit seines Vortrags seitens des Gerichts entsprechend § 139 ZPO hingewiesen wird.⁷⁶ Fraglich ist, ob ihm Mittel zur Verfügung stehen, auf die rechtzeitige Erteilung eines Hinweises hinzuwirken. Einigkeit dürfte darüber bestehen, dass die pauschale „Bitte um Hinweise“ am Ende Schriftsatzes – oder, wie in der Praxis nicht selten zu sehen, gleich eingangs nach den Anträgen – nicht nur in theoretischer Hinsicht überflüssig, sondern auch praktisch wirkungslos ist.⁷⁷ Zum Teil wird jedoch dazu geraten, stattdessen die „Bitte um Hinweise“ hinsichtlich eines konkreten Punktes anzubringen, da für das Gericht dann die Hemmschwelle höher sei, von dem eigentlich gebotenen Hinweis abzusehen.⁷⁸ In der Praxis finden sich dann auch die Beteuerungen, es könne auf einen Hinweis des Gerichts hin weiter vorgetragen werden, über den gesamten Schriftsatz verteilt, nicht selten in Kombination mit einer pauschalen „Bit-

73 BGH, Beschl. v. 18.5.2017 – I ZR 178/16, II 2b) aa), BeckRS 2017, 126762.
– Es wird sich zeigen müssen, ob sich hieran nach der Ernennung *Rensens* als dezidiertem Vertreter der Gegenansicht zum Richter am BGH etwas ändert, vgl. Mitteilung Nr. 126/2019 der Pressestelle des BGH v. 1.10.2019.

74 Vgl. dazu auch *Geisler*, AnwBl. 2017, 1046, 1049–1051.

75 Vgl. *Frohn*, JuS 1996, 243, 246.

76 *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336, 341.

77 Vgl. auch *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336, 341 m. w. N.

78 *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336, 341.

te um Hinweis“ eingangs oder am Ende; ob diese Ausgestaltung psychologisch tatsächlich wirkungsvoller ist, sei dahingestellt. Nicht unzweifelhaft erscheint es jedoch, ob diese konkrete „Bitte um Hinweis“, zumal mit der begleitenden Behauptung, es könne weiter vorgetragen werden, sich im Einzelfall nicht sogar kontraproduktiv auswirken kann – denn damit signalisiert die Partei ja gerade, dass sie die Ergänzungsbedürftigkeit ihres bisherigen Vorbringens zu diesem Punkt für möglich hält. Es besteht das Risiko, dass das Gericht sich gerade aus diesem Grund von der Hinweispflicht befreit sieht; jedenfalls für die Erklärung, weiterer Vortrag sei „verbunden mit erheblichem Aufwand“, findet sich in der veröffentlichten Rechtsprechung insoweit ein Präjudiz.⁷⁹

Was für die Hinweispflichten bei unsubstantiierten Behauptungen gilt, trifft im Prinzip auch für unzureichendes Bestreiten im Sinne des Klageliegens zu: Ein Hinweis ist erforderlich, wenn sich die Partei erkennbar im Irrtum darüber befindet, den Anforderungen an das Bestreiten gerecht zu werden.⁸⁰ Dementsprechend können auch Anhaltspunkte, die gegen die Annahme eines Irrtums sprechen – Rechtskundigkeit, Rügen der Gegenseite – hier berücksichtigt werden. Allerdings ist ein Irrtum und damit eine Hinweisbedürftigkeit bei unzureichendem Bestreiten in höherem Maß zu erwarten: Während das Aufstellen schlüssiger Behauptungen gewissermaßen zum Kerngeschäft des Anwalts gehört, besteht auch in der Rechtsprechung ein erhebliches Maß an Unsicherheit hinsichtlich der an ein ausreichendes Bestreiten zu stellenden Anforderungen.

D. Rechtsschutz bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Angesichts zahlreicher aufgedeckter Verstöße gegen das Verfahrensgrundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG wird man sagen können, dass blindes Vertrauen in die Arbeit der Instanzgerichte fehl am Platz ist.⁸¹ Der Prozessvertreter muss bereits während des Verfahrens Vorsicht walten lassen: Zeichnet sich hier schon eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ab, soll die Partei zunächst nach dem Rechtsgedanken des § 295 ZPO ihre prozessualen Möglichkeiten ausschöpfen müssen, um den Verstoß noch zu verhindern oder eine Korrektur zu erwirken.⁸² Mit anderen Worten: Die

79 Vgl. OLG München, Beschl. v. 4.3.2014 – 34 Sch 19/13, II 4a, BeckRS 2014, 9781.

80 Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 18.5.2017 – I ZR 178/16, II 2b, MarkenR 2017, 551,

81 Geisler, AnwBl. 2017, 1046, 1071.

82 BGH, Beschl. v. 26.9.2017 – VI ZR 81/17, II b, NJW-RR 2018, 404, 405.

Partei soll dem Gericht erklären, weshalb es gerade dabei ist, gegen Art. 103 Abs. 1 GG zu verstoßen. Der Subsidiaritätsgrundsatz verpflichtet jedoch nicht zu ergänzendem Vortrag, wenn sich dieser nur in der Wiederholung des bisherigen Vorbringens erschöpfen würde; dass kann etwa der Fall sein, wenn das Gericht eine von dem Standpunkt der Partei abweichende Auffassung kundtut, ohne diese zu begründen.⁸³

Erheblich sind Verstöße gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör nur dann, wenn alle eigenständigen Begründungsstränge der Entscheidung hiervon betroffen sind.⁸⁴ Die Darlegung des erheblichen Verstoßes orientiert sich an der Art desselben. Sie wird bei fehlerhafter Handhabung der Präklusionsvorschriften und Hinweispflichten, sowie all jenen Fälle überspannter Substantiierungsanforderungen, in denen das Gericht ausdrücklich schlüssigkeitsfremde Kriterien an den Vortrag gestellt hat, die sachkundig beratene Partei nicht vor übermäßig hohe Hürden stellen. Schwieriger stellt sich das Aufzeigen einer Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG wegen eines übergangenen, also gar nicht zur Kenntnis genommenen Vortrages dar. Die Gerichte sind immerhin gehalten, jedenfalls solches Vorbringen, welches die zentrale Frage des jeweiligen Verfahrens betrifft, auch in den Entscheidungsgründen zu bescheiden.⁸⁵ Daher lässt es auf die Nichtberücksichtigung derartigen Vortrags schließen, wenn auf ihn in der Entscheidung nicht eingegangen wird, obwohl er vom Rechtsstandpunkt des Gerichts erheblich sein müsste.⁸⁶ Es bleiben Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör möglich, in denen das Gericht zwar den äußeren Wortlaut, aber nicht den Sinn des Vortrags erfasst; das steht dem kommentarlosen Übergehen des Vortrags zwar gleich,⁸⁷ dürfte allerdings ungleich schwerer nachzuweisen sein.

Hat das Berufungsgericht die Revision nicht zugelassen, kommt eine Beschwerde vor dem BGH gem. § 544 Abs. 1 ZPO in Betracht, wobei die erfolgreiche Rüge eines Verstoßes gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht gem. § 544 Abs. 9 ZPO⁸⁸ führt, sofern nicht die Sache aus einem weiteren, sich nicht in der Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG er-

83 BGH, Beschl. v. 26.9.2017 – VI ZR 81/17, II b, NJW-RR 2018, 404, 405.

84 Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 12.1.2017 – III ZR140/15, 2, BeckRS 2017, 100836.

85 BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – VII ZR 229/17, II 2 a, ZfBR 2019, 142, 143.

86 BGH, Beschl. v. 18.1.2017 – VII ZR 181/16, III 2a, ZfBR 2017, 259, 260.

87 BGH, Beschl. v. 29.10.2015 – V ZR 61/15, III 1, NJW-RR 2016, 78, 79.

88 § 544 Abs. 7 ZPO a. F., vgl. Art. 2 Nr. 14 des Gesetzes zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen v. 12.12.2019, BGBl. I, S. 2633.

schöpfenden Grundes der Überleitung in ein Revisionsverfahren gem. § 544 Abs. 8 ZPO⁸⁹ bedarf. Voraussetzung ist allerdings, dass die Beschwer-summe erreicht ist. Bei einem Unterschreiten der Beschwer-summe bleibt der Gang nach Karlsruhe – über den Umweg einer erfolglosen Anhö-rungsrüge vor dem *iudex a quo* nach § 321a ZPO – mittels einer Verfas-sungsbeschwerde möglich. Sofern die Partei nicht bereits aus einem Ge-fühl staatspolitischer Verantwortung davor zurückschreckt, das Bundesver-fassungsgericht mit dem aus verfassungsrechtlicher Sicht in keiner Weise klärungsbedürftig, weil eindeutigen Verstoß eines Instanzgerichts gegen Art. 103 Abs. 1 GG zu beschäftigen, bereitet sich ihr nun ein steiniger Weg: Zu ihrer Überraschung muss die Partei feststellen, dass auch die Ver-fassungsbeschwerde Substantiierungsanforderungen kennt, die dort mit großer Selbstverständlichkeit hoch angesetzt werden, um die Funktionsfä-higkeit des Verfahrens zu gewährleisten.⁹⁰

Bekanntermaßen ist das Bunde-verfassungsgericht keine „Superrevisions-Instanz“ – dennoch tritt es bei Verstößen gegen den Anspruch auf rechtli-ches Gehör unterhalb der Beschwer-summe an die Stelle des BGH, wird also in diesem Sinne sogar zur bloßen Revisionsinstanz degradiert. Der tiefe-re Sinn dieser vordergründig wenig zweckmäßigen⁹¹ Gestaltung dürfte sein, dass die hohen Anforderungen bei der Begründung der Verfassungs-beschwerde als faktische Rechtsschutzsperre dergestalt wirken soll, einer Partei unterhalb der Beschwer-summe den Verzicht auf eine Überprüfung der vermeintlichen, und nicht selten auch tatsächlichen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör abzunötigen; eine genauere Untersu-chung hierzu steht allerdings noch aus.

An dieser Rollenverteilung wird sich auf absehbare Zeit wohl auch nichts ändern: Die Beschwer-summe, ursprünglich als Provisorium ge-dacht,⁹² ist zuletzt von der turnusgemäßen Hinterfragung ihrer Notwen-digkeit entbunden und nun dauerhaft als Zulässigkeitsvoraussetzung in

89 § 544 Abs. 6 ZPO a. F.

90 Vgl. dazu die Schilderung von BVR *Maidowski*, wiedergegeben bei *Rath*, AnwBl 2018, 394, 395: Monatsfrist, Rechtswegerschöpfung und Substantiierungsanfor-derungen bilden das „Notwehrprogramm“ des BVerfG bei der Bearbeitung von Verfassungsbeschwerden.

91 *Windau*, F.A.Z. Einspruch v. 21.3.2018.

92 Vgl. die Begr. zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozes-ses, BT-Drs. 14/4722, S. 126.

§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO n. F verankert worden.⁹³ Nicht allzu gewagt dürfte die Vermutung sein, dass der konkrete Betrag, von welchem der Rechtsschutz abhängen soll, über die Zeit dann den gleichen Weg wie die ehemalige Wertrevision geht, also sukzessive erhöht wird,⁹⁴ weil es sich dabei um ein vergleichsweise einfaches Mittel der Ressourcenallokation handelt. Mit Blick auf die Funktionsfähigkeit der Revisionsinstanz ist gegen dieses „notwendige Übel“⁹⁵ grundsätzlich nichts einzuwenden. Auch können die Befürworter der Verstetigung respektive Anhebung der Summe für sich in Anspruch nehmen, dass die Berufungsgerichte ohnehin in nicht geringem Umfang die Revision bereits zulassen.⁹⁶ Diese vermeintlich liberale Zulassungspraxis hat allerdings für Verfahren, in denen gegen den Grundsatz rechtlichen Gehörs verstoßen wurde, überhaupt keine Bedeutung, da eine Zulassung durch das Berufungsgericht hier fern liegt. Einer kompromisslos rechtsstaatlichen Denkweise würde es wohl entsprechen, hier nicht länger wegzusehen und die Nichtzulassungsbeschwerde wegen Verletzung von Verfahrensgrundrechten von einer Wertgrenze zu entkoppeln.⁹⁷ Damit würden auch Verlagerungseffekte auf das Verfassungsbeschwerdeverfahren beseitigt werden. Um die Funktionsfähigkeit des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens zu schützen, käme die Normierung eines *fiktiven Mindestgebührenstreitwerts* in angemessener Höhe in Betracht. D. h. die tatsächliche Beschwer ist bei Grundrechtsverletzungen nicht an einen festen Schwellenwert gebunden, die Gebühren berechnen sich jedoch von einem gesetzlich festgelegten (fiktiven) Mindeststreitwert: Das Kostenrisiko als variabler Filter statt einer arbiträren Rechtsschutzsperre. Zynisch wäre es dagegen, zum Schutz des Vertrauens in die Rechtspflege den Dunkelbereich der Verfahrensverstöße seitens der Instanzgerichte nicht näher ins Licht zu ziehen, weil ein Teil dessen, was dort zum Vorschein kommen mag, den Rechtsuchenden beunruhigen könnte.

93 § 26 Nr. 8 EGZPO a. F., vgl. Art. 2 Nr. 14 lit. a) des Gesetzes zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer prozessrechtlicher Vorschriften v. 12.12.2019, BGBl. I, S. 2633.

94 Überblick bei *Toussaint*, in: FS Krüger, 2017, S. 507, 508 Anm. 15.

95 So *Toussaint*, in: FS Krüger, 2017, S. 507, 515.

96 *Brückner/Gubling/Menges*, DRiZ 2019, 92, 93.

97 So etwa *Windau*, F.A.Z. Einspruch v. 21.3.2018.

E. *Résumé*

Bei Klageerhebung sind zur bestimmten Angabe des Klagegrundes gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO solche Angaben erforderlich, aber auch ausreichend, die den Streit unverwechselbar und den geltend gemachten prozessualen Anspruch als solchen identifizierbar machen (Individualisierung).⁹⁸ Wenn zwischen den Parteien keine andere rechtliche Beziehung besteht, kann die knappe Angabe desjenigen Rechtsverhältnisses genügen, aus dem sich der Anspruch ergeben soll, etwa eine klageweise geltend gemachte Geldforderung aus „Werkvertrag/Werklieferungsvertrag“.⁹⁹ Kein Erfordernis im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist die Darlegung von Tatsachen, die den Anspruch schlüssig machen sollen (Substantiierung). Allerdings „soll“ die Klageschrift bereits anspruchsbegründendes Vorbringen enthalten, vgl. § 253 Abs. 4 i. V. m. § 130 Nr. 3 ZPO, und mit Blick auf eine etwaige Säumnis des Gegners ist es auch zweckmäßig, den verfolgten Anspruch bereits in diesem Stadium des Verfahrens schlüssig darzulegen.

Ausreichend substantiiert, also mit Tatsachen gefüllt, ist eine Behauptung nach ständiger Rechtsprechung bereits dann, wenn eine Schlüssigkeitsprüfung möglich ist.¹⁰⁰ Es gibt kein Stufenverhältnis dergestalt, dass Substantiierung mehr als Schlüssigkeit verlangen würde.¹⁰¹ Auch unter dem Aspekt der Prozessbeschleunigung darf die Beweisaufnahme nicht davon abhängig werden, ob die Partei schlüssigkeitsfremde Modalitäten, etwa zu Zeit, Ort und näheren Umständen des Geschehens vorträgt, um dem Gegner eine sachliche Stellungnahme oder den Antritt von Gegenbeweisen zu ermöglichen.¹⁰²

Ob der Tatsachenvortrag weiter zergliedert werden muss, richtet sich nach den Einlassungen des Gegners.¹⁰³ Dass der Gegner einen alternativen Geschehensablauf schildert, zwingt für sich genommen den Darlegungsbelasteten noch nicht zu einer Ergänzung seines Vortrags. Erst recht ist eine Ergänzung des Vortrags nicht erforderlich, wenn der Gegner „einfach“ bestreitet respektive sich mit Nichtwissen erklärt.¹⁰⁴ Eine Zergliederung der schlüssigen Behauptung ist nur geboten, wenn die ursprüngliche Tatsa-

98 Teil I, Kap. 1 B.

99 BGH, Urt. v. 6.12.2001 – VII ZR 183/00, II 2, NJW 2002, 520, 521.

100 Teil I, Kap. 1 C.

101 Teil I, Kap. 1 C III.

102 Teil I, Kap. 1 C II 1, D III.

103 Teil I, Kap. 1 C.

104 Teil I, Kap. 1 C II 2.

chenbehauptung in Folge der Einlassung des Gegners mehrdeutig und daher mit Blick auf den darzulegenden Rechtssatz unklar erscheint.

Schlüssige Behauptungen können auch vermutungsweise aufgestellt werden.¹⁰⁵ Für die Aufklärung lediglich abstrakt-möglicher Geschehensabläufe, die gleichsam aufs Geratewohl behauptet werden, besteht jedoch kein Rechtsschutzbedürfnis.¹⁰⁶ Der Darlegungsbelastete muss seine Vermutung auf konkrete Anhaltspunkte in Form von eigenen Wahrnehmungen oder ihm mitgeteilten Wahrnehmungen Dritter stützen.¹⁰⁷

Die Anhaltspunkte, auf welche die Partei ihre Vermutung stützt, sind im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung als wahr zu unterstellen.¹⁰⁸ Dies gilt auch für Behauptungen, zu denen die Partei vorgibt, sicheres Wissen zu haben. Ein Abkürzen des Verfahrens, weil die Behauptung sich nach dem Dafürhalten des Gerichts mutmaßlich nicht als wahr herausstellen wird, kommt als unzulässige¹⁰⁹ Vorwegnahme der Beweiswürdigung nicht in Betracht. Die Überzeugung von der Wahrheit nach § 286 ZPO setzt voraus, dass der Richter das ihm Mögliche zur Aufklärung des Sachverhalts getan hat und sich nicht im Wissen um die Fehleranfälligkeit seiner Prognose auf Mutmaßungen zur Erfolgswahrscheinlichkeit einer Beweisaufnahme beschränkt.¹¹⁰ Selbst wenn sich jedoch der Richter im Einzelfall zu trauen mag, ohne Ausschöpfung der ohnehin schon limitierten prozessualen Erkenntnismöglichkeiten ein Wahrheitsurteil zu treffen: Eine „Plausibilitätskontrolle“ führt in die Versuchung, unter dem Deckmantel der Wahrscheinlichkeitsüberlegung zur Arbeitsentlastung gleichsam kurzen Prozess zu machen¹¹¹ – ein Beweggrund, dessen unterbewusster Wirkmacht sich auch der verantwortungsvolle Richter ausgesetzt sieht. Im Wissen um diese Missbrauchsgefahr ist eine Abkürzung des Verfahrens nicht mit einer integren, auf die Überzeugung gestützten Entscheidung in Einklang zu bringen.¹¹²

Soweit der Gegner über Wissen zu dem behaupteten Geschehen verfügen müsste, hat er den schlüssigen Behauptungen der darlegungsbelasteten Partei positive Gegenangaben entgegenzusetzen (substantiiertes Bestrei-

105 Teil I, Kap. 2.

106 Teil I, Kap. 2 C.

107 Teil I, Kap. 2 D II.

108 Teil I, Kap. 2 D I–IV 1.

109 Teil I, Kap. 1 D III 2.

110 Teil I, Kap. 1 D III 2 c.

111 Teil I, Kap. 3 A, B.

112 Teil I, Kap. 3 C.

ten). Das dient der Erheblichkeitskontrolle;¹¹³ eine Erklärung etwa, der behauptete Unfallhergang werde bestritten, kann nicht auf ihre Erheblichkeit geprüft werden. Die Konzeption der ZPO ist darauf angelegt, dass nur über solche Behauptungen Beweis erhoben wird, die der Gegner nicht bereits für richtig hält.¹¹⁴ Ein „einfaches“ Bestreiten trotz eigener Kenntnis genügt nur in seltenen Fällen gegenüber Behauptungen, die sich gleichsam mit einem „Ja“ oder „Nein“ eindeutig beantworten lassen, so etwa die Erklärung, dass der Gegner vor dem Abbiegen den Blinker gesetzt habe, werde bestritten.¹¹⁵ Von diesen Ausnahmefällen abgesehen, darf die Partei Tatsachenbehauptungen des Gegners nicht „einfach“ bestreiten.¹¹⁶

Entsprechendes Wissen der Partei wird vorausgesetzt, wenn sich der Sachverhalt nach den Behauptungen des Gegners in ihrem Wahrnehmungsbereich zugetragen haben soll. Der Wahrnehmungsbereich ist der private Lebens-, sowie der Geschäfts- respektive Tätigkeitsbereich.¹¹⁷ Zum Wahrnehmungsbereich der Partei gehören auch die Wahrnehmungen all jener Personen, für welche sie nach materiell-rechtlichen Regeln haftet.¹¹⁸ Soll sich die Tatsache in diesem Wahrnehmungsbereich ereignet haben, trifft die Partei im Rahmen des Zumutbaren eine Nachforschungspflicht.¹¹⁹ Steht ausnahmsweise fest, dass die Partei die fraglichen Tatsachen vergessen hat, sind an ihre Nachforschungsbemühungen hohe Anforderungen zu stellen; handelt es sich hingegen, so wie regelmäßig, um Tatsachen, die sich lediglich nach den Behauptungen des Gegners angeblich im Wahrnehmungsbereich der Partei zugetragen haben sollen, können der Partei nur maßvolle Bemühungen abverlangt werden.¹²⁰ Daher kann von der erklärungsbelasteten Partei in der Regel nicht verlangt werden, auf die bloße Behauptung des Darlegungsbelasteten hin materiell-rechtliche Auskunftsansprüche gegenüber Dritten geltend zu machen.¹²¹ Bleiben die Nachforschungsbemühungen erfolglos, kann sich die Partei gem. § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen erklären; dies gilt selbst dann, wenn sie ihr Nichtwissen schuldhaft – etwa durch Unterlassen einer gebotenen Dokumentation – herbeigeführt hat, wobei dem Gegner in diesem Fall mit Be-

113 Teil II, Kap. 1 B IV.

114 Teil II, Kap. 1 B VI, VII.

115 Teil II, Kap. 1 B I.

116 Teil II, Kap. 1 B III.

117 Teil II, Kap. 2 B II.

118 Teil II, Kap. 2 C II 2 b.

119 Teil II, Kap. 2 B I.

120 Teil II, Kap. 2 D II 1.

121 Teil II, Kap. 2 D II 2.

weiserleichterungen zu helfen sein kann.¹²² Umfang und Ergebnis der Nachforschungsbemühungen müssen dem Gericht geschildert werden; ein Beweis der Voraussetzungen des Nichtwissens darf richtigerweise nicht verlangt werden.¹²³

Das Vorstehende gilt uneingeschränkt auch für das Bestreiten negativer Tatsachen: Verfügt der Gegner über entsprechendes Wissen, hat er sich – so, wie auch sonst – mit positiven Gegenangaben zu erklären.¹²⁴ Dem Aberglauben, negative Tatsachen seien nur durch die Widerlegung von konkreten Gegenangaben zu beweisen, sollte man nicht das Wort reden. Jene Erklärung ist zum einen überflüssig, denn der Gegner muss bereits nach den allgemeinen Regeln substantiiert bestreiten; im Übrigen beruht sie auf einer falschen Prämisse und würde bedeuten, dass der Negativbeweis unmöglich wäre, wenn der Gegner sich mit Nichtwissen erklären kann. Kommt der Beweisbelastete im Einzelfall aber dennoch in Schwierigkeiten, so sind diese unterschiedslos zum teils schwierigen Beweis eines Positivums und daher auch nicht anders zu behandeln. Insbesondere kommt es bei Beweisschwierigkeiten nicht in Frage, dem Gegner, sofern dieser sich eigentlich mit Nichtwissen erklären könnte, diese Erklärung zu versagen und ihm stattdessen eine eigene Darlegungslast zuzuschieben.¹²⁵

Schlüssige Behauptungen hat der Gegner, soweit er über entsprechendes Wissen verfügt, stets substantiiert zu bestreiten. Das Gesetz differenziert nicht danach, ob die schlüssige Behauptung auf Vermutungen oder dem sicheren Wissen der Partei beruht.¹²⁶ Es ist daher unnötig, dass substantiierte Bestreiten als „sekundäre Darlegungslast“ zu bezeichnen, wenn die darlegungsbelastete Partei zuvor schlüssige Behauptungen in Form von Vermutungen aufstellt.¹²⁷ Unzulässig ist es, die „sekundäre Darlegungslast“ als eine Art Zauberwort zu gebrauchen, das die materiell-rechtliche Begründung der Entscheidung ersetzen soll.¹²⁸

Vortrag und Gegenvortrag in geordneter Weise in den Prozess einzuführen erleichtert die Rechtsfindung und beschleunigt das Verfahren. Soweit sich dies mit den Zielen des Mandanten deckt, kann der Anwalt ihm gegenüber auch zu einem entsprechenden Vortrag verpflichtet sein. Eine Be-

122 Teil II, Kap. 2 D I 3.

123 Teil II, Kap. 2 A II. – A. A. BGH, Beschl. v. 30.1.2019 – VI ZR 428/17, II 2a, BeckRS 2019, 3267.

124 Teil II, Kap. 3 A–C.

125 Teil II, Kap. 3 D.

126 Teil II, Kap. 4 A II, III, B II.

127 Teil II, Kap. 4 B III.

128 Teil II, Kap. 4 B IV.

schneidung des rechtlichen Gehörs durch Ausschluss von schriftsätzlichem Vorbringen, das seiner Form nach nicht den Vorstellungen des jeweiligen Richters entspricht, ist abzulehnen. Auch in Hinblick auf die richterliche Sucharbeit bei der Zuordnung von Anlagen ist die Zumutbarkeit – entgegen der bestehenden Praxis – als eingrenzendes Kriterium abzulehnen, weil der Richter hier gleichfalls zum „Zensor in eigener Sache“¹²⁹ erhoben würde.¹³⁰ Der Anwalt muss sich jedoch bei einem umfangreichen und ungeordneten, wenn auch erlaubten Vortrag zweierlei bewusst sein: Zum einen stellt sich die Frage, ob dem Mandanten geholfen ist, wenn ein Verfahrensverstöß seitens des Gerichts provoziert wird, der dann mittels eines Rechtsbehelfs angegriffen werden muss. Und zweitens muss das Risiko in Betracht gezogen werden, mit diesem Rechtsbehelf nicht erfolgreich zu sein – etwa, weil versäumt wurde, den sich anbahnenden Verfahrensverstöß abzuwenden, oder, weil die Nachinstanz sich nicht davon überzeugen kann, dass die übersehene Stelle in einem verstreuten Anlagenkonvolut aus Sicht der Vorinstanz entscheidungserheblich gewesen sein könnte.¹³¹

Die ständige „Bitte um Hinweise“ hinsichtlich einer Ergänzungsbedürftigkeit des Vortrags ist nicht hilfreich, und unter Umständen sogar schädlich: Denn damit gibt die rechtsanwaltlich vertretene Partei zu verstehen, dass sie sich etwaiger Substantiierungsmängel bewusst ist, und gewissermaßen hilfsweise anbietet, weiter vorzutragen. Ein Hinweis seitens des Gerichts kann dann entbehrlich sein, wie überhaupt bei einer rechtskundig vertretenen Partei eine Hinweispflicht nur anzunehmen ist, wenn sie sich erkennbar im Irrtum befindet.¹³² Bei der Annahme eines Irrtums ist Zurückhaltung geboten. Es ist widersprüchlich, einerseits von einem Anwalt zu erwarten, sich einem anbahnenden Verfahrensverstöß entgegenzustellen¹³³ und auf verfehlt Rechtsansichten des Gerichts hinzuweisen,¹³⁴ ihm dann aber im Rahmen des § 139 Abs. 1 ZPO zu unterstellen, nicht über das notwendige Handwerkszeug für eine schlüssige Klage oder eine erhebliche Verteidigung zu verfügen.

Die rechtspolitischen Erwägungen lassen sich wie folgt zusammenfassen: Ergänzende Sanktionsvorschriften zur Flankierung der richterlichen Strukturierungsvorschläge sind als Verkürzung des rechtlichen Gehörs be-

129 *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

130 Teil III A.

131 Teil III D.

132 Teil III C.

133 Teil III C.

134 Teil III A.

denklich und wegen der latenten Missbrauchsgefahr abzulehnen.¹³⁵ Ebenso ist eine Aufwertung des Parteivortrags in Form eines Privatgutachtens zu einem Beweismittel abzulehnen; als bezahltem Gehilfen käme dem Privatgutachter kaum mehr an Beweiswert zu als eine Vernehmung der Partei selbst.¹³⁶ Aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit sollte die Beschweresumme für die Nichtzulassungsbeschwerde aufgegeben werden.¹³⁷

135 Teil III A.

136 Teil III B.

137 Teil III D.